

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ANDRÉ CUNHA OLIVEIRA E SILVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL PARA MANUTENÇÃO DE
SEU EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DECORRÊNCIA DE
ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA DE IMPOSTOS DEVIDO A MUDANÇA DE FAIXA
DE APLICAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL**

Florianópolis

2014

ANDRÉ CUNHA OLIVEIRA E SILVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL PARA MANUTENÇÃO DE
SEU EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DECORRÊNCIA DE
ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA DE IMPOSTOS DEVIDO A MUDANÇA DE FAIXA
DE APLICAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de
Olivo

Florianópolis

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

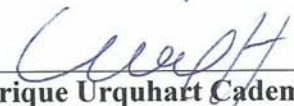
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A (im)possibilidade da revisão contratual para manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de alteração de alíquota de impostos devido a mudança de faixa de aplicação do simples nacional**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **André Cunha Oliveira e Silva**, defendido em **09/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

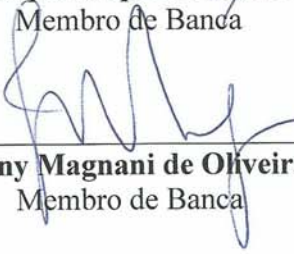
Florianópolis, 9 de Dezembro de 2014



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro de Banca



Jenny Magnani de Oliveira
Membro de Banca

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo averiguar se ocorre desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos devido ao aumento das alíquotas dos impostos incidentes em decorrência da variação do faturamento das empresas optantes pelo Simples Nacional. O escopo desse trabalho são as empresas prestadoras de serviços para a Administração Pública, que podem ser enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte e optar pelo regime de tributação diferenciado e favorecido que lhes pode ser aplicado, isto é, as empresas que prestam os serviços de vigilância, limpeza ou conservação, de forma contínua, com dedicação exclusiva de mão-de-obra. Inicialmente estudar-se-á o instituto dos contratos administrativos, seus princípios e particularidades. Em seguida irá se realizar uma verificação do tratamento diferenciado, favorecido e simplificado destinados às microempresas e empresas de pequeno porte, com sede Constitucional e instituído pela lei complementar nº 123/06, que trata do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Por fim, será analisada a pertinência do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em função da empresa ter obtido um aumento em seu faturamento e conseqüentemente passar a contribuir com uma alíquota maior no Simples Nacional.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Equilíbrio econômico-financeiro. Recomposição. Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. Tratamento diferenciado e favorecido. Simples Nacional.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Alíquotas do Simples Nacional aplicadas aos serviços de vigilância, limpeza ou conservação.....	41
--	----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Exemplo de Planilha de Custos e Formação de Preços.....	47
Figura 2 - continuação do exemplo de Planilha de Custos e Formação de Preços.....	48

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A: Parecer nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU.....	61
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	12
1.1 Conceito de Contrato Administrativo.....	12
1.2 Princípios dos Contratos Administrativos.....	13
1.2.1 Princípio da Legalidade.....	13
1.2.2 Princípio da Impessoalidade.....	14
1.2.3 Princípio da Moralidade.....	15
1.2.4 Princípio da Publicidade.....	16
1.2.5 Princípio da Eficiência.....	16
1.2.6 Princípio da Isonomia.....	16
1.2.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	17
1.2.8 Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	18
1.2.9 Princípio do Tratamento Diferenciado e Favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.....	18
1.3 Características especiais dos contratos administrativos.....	19
1.3.1 Alteração unilateral do contrato.....	20
1.3.2 Rescisão unilateral do contrato.....	21
1.3.3 Fiscalização da execução do contrato.....	25
1.3.4 Aplicação de sanções devido à inexecução total ou parcial do contrato.....	26
1.3.5 Ocupação provisória dos bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.....	28
1.4 O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.....	30
1.4.1 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro.....	31
1.4.2 Institutos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.....	32
1.4.2.1 Reajuste de preços.....	32

1.4.2.2 Atualização monetária.....	33
1.4.2.3 Revisão dos preços.....	34
1.4.2.4 Repactuação.....	35
2 O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE.....	37
2.1 Breve histórico do tratamento favorecido e diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.....	37
2.2 Conceito de microempresa e empresa de pequeno porte.....	39
2.3 O atual regime de tributação conferido às microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional.....	40
2.4 O atual tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras.....	42
2.4.1 Comprovação de regularidade fiscal.....	43
2.4.2 Empate ficto.....	43
2.4.3 Licitação para participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte....	43
2.4.4 Subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.....	44
2.4.5 Cota de contratação para microempresa ou empresa de pequeno porte.....	44
3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE PREÇOS EM DECORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA DE IMPOSTOS DEVIDO A MUDANÇA DE FAIXA DE APLICAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL.....	46
3.1 A Planilha de Custos e Formação de Preços.....	46
3.2 O equilíbrio econômico-financeiro no caso em apreço.....	49
3.3 Princípio da Legalidade aplicado ao caso.....	50
3.4 Princípio da Isonomia aplicado ao caso.....	51
3.5 Princípio do Tratamento Diferenciado e Favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.....	51
3.6 Violação do resultado da licitação.....	52

3.7 A problemática com relação ao sistema de auferição das alíquotas do Simples Nacional.....	53
3.8 Análise inversa.....	53
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos entre a Administração Pública e um particular, visando a prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, de forma contínua, com dedicação exclusiva de mão-de-obra, estão sujeitos a diversos fatores que podem aumentar os encargos do contratado, como por exemplo, o aumento salarial decorrente de nova Convenção Coletiva da categoria profissional dos funcionários disponibilizados para a consecução do serviço. Tais modificações nos custos do serviço provocam um desequilíbrio da relação entre os encargos assumidos e a retribuição esperada pelo particular, a chamada equação econômico-financeira do contrato, dando ensejo ao restabelecimento do equilíbrio inicialmente pactuado.

Este trabalho surge de um caso prático vivenciado no serviço público. Uma empresa, ao solicitar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com base em nova Convenção Coletiva, ao apresentar a nova Tabela de Custos e Formação de Preços, alterou as alíquotas inicialmente informadas de alguns impostos, alegando que sua situação fática havia sido alterada por ter aumentado o seu faturamento e por ser optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, a alíquota de contribuição desses tributos havia sofrido uma majoração. Com isso, a contratada pleiteava repassar esse aumento de encargos à Administração. Porém essa situação não é tratada pela legislação ou pela doutrina, o que ensejou a realização desse estudo.

Desta forma, este trabalho deseja analisar o caso de uma empresa, optante pelo regime de tributação Simples Nacional, que obtenha um aumento no seu faturamento e por causa disso, passe a contribuir com uma alíquota maior em sua tributação, acarretando um aumento nos seus custos, se há o direito de pedir aumento do valor contratual para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, realizando-se por meio da análise da legislação nacional pertinente, construções doutrinárias e material bibliográfico sobre o assunto.

Em um primeiro momento serão analisados os aspectos inerentes aos contratos administrativos, sua sede constitucional, legislação e princípios aplicáveis e características próprias.

Em seguida será feita uma breve explicação sobre o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Constituição, em especial o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e o Simples Nacional, incluindo os impostos aplicados e método de aferição de suas alíquotas.

Ao final será analisada a possibilidade da concessão do aumento do valor contratual, verificando no caso concreto se há violação ou compatibilidade de tal reajuste com relação aos princípios e legislações estudados nos capítulos anteriores.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 Conceito de Contrato Administrativo

Os contratos submetem-se, como regra geral, às disposições do Direito Privado, encontrando-se positivados na lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil Brasileiro, mais especificamente nos Títulos V e VI do Livro I da Parte Especial do Código Civil.

São uma obrigação criada entre as partes que, excepcionando-se condições especiais, não pode ser quebrada, devem ser cumpridos, assim como belamente diz a famosa expressão em latim: *pacta sunt servanda*.

Assim, o conceito de contrato aplicado no Direito Privado é entendido como um acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos, que devem ser equivalentes em encargos e vantagens. Sendo consensual, devem ter partes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada por lei (MEIRELLES, 2008, p. 213).

Para Mello (2010, p. 614), a noção geral de contrato também influi que sendo uma composição pacífica de interesses, nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou rescindir a avença, portanto ele faz lei entre as partes.

Já os Contratos Administrativos regem-se principalmente por regras e princípios de Direito Público, aplicando-se as normas de Direito Privado apenas de forma supletiva, sem substituir ou derogá-las (MEIRELLES, 2008, p. 213), como também se encontra positivado no artigo 54 da lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, conhecida por Lei de Licitações e Contratos Administrativos, abaixo:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O conceito de Contrato Administrativo assim é definido por Carvalho Filho (2008, p. 162):

[...] ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público. (grifo do autor)

Meirelles (2008, p. 214), por sua vez, vai um pouco mais além ao afirmar que a avença é realizada nas condições estabelecidas pela própria Administração.

1.2 Princípios dos Contratos Administrativos

O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil expõe as normas gerais e princípios aplicáveis à Administração Pública e trata especificamente dos contratos administrativos em seu inciso XXI, abaixo transcritos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

O inciso XXI do artigo 37 foi regulamentado pela lei nº 8.666/1993 que, além dos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, explicitados no seu *caput*, traz outros princípios aplicáveis além de alguns provenientes de construção doutrinária, quais sejam, princípio da Isonomia, Proibição Administrativa, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Supremacia do Interesse Público, Mutabilidade, o Tratamento Diferenciado e Favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte entre outros.

1.2.1 Princípio da Legalidade

No Direito Privado impera a máxima de que as pessoas são livres para fazer tudo o que a lei não proíba, princípio este muito bem sedimentado no inciso II do artigo 5º da Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Dessa forma as pessoas são livres para realizarem todos os atos que desejarem, tamanha a amplitude da norma, desde que tais atos não tenham sido proibidos por lei, ou então deixar de realizá-los, se não houver imposição para a sua prática.

Enquanto isso, no Direito Público, os seus agentes somente podem fazer o que a lei autoriza. É necessário, portanto, haver prévia permissão legal para os atos dos agentes públicos, sob pena de nulidade do ato.

Não há na Administração Pública, regida pelas normas e princípios de Direito Público, liberdade ou vontade pessoal. A lei para o particular significa “pode fazer assim” e para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES, 2008, p. 89).

Mello (2010, p. 100) diz que o Princípio da Legalidade é a submissão dos exercentes do poder em concreto a uma moldura que proíba favoritismos, perseguições ou desmandos. Ele se opõe a qualquer tendência de exacerbação personalíssima dos governantes, ao poder autoritário. Ele é o antídoto natural ao poder monocrático ou oligárquico.

1.2.2 Princípio da Impessoalidade

Este princípio é confundido muitas vezes e por muitos autores com outros dois princípios distintos, quais sejam, da Finalidade e da Isonomia. Contudo, entende-se que são 3 princípios que por mais que permeiem-se entre si, e até mesmo se complementem, merecem ser tratados separadamente.

Mello (2010, p. 114) diz que ele traduz a idéia de que a Administração deve tratar a todos os administrados de maneira igual, sem distinções, perseguições, simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas. E conclui:

O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração. (grifos do autor)

Meirelles (2008, p. 93) trata a Impessoalidade como se fosse a própria Finalidade, conforme abaixo:

O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fin legal*. (grifos do autor)

Para que a verdadeira Impessoalidade seja alcançada deve a Administração voltar-se sempre para o interesse público, e não para o privado (CARVALHO FILHO, 2008, p. 17).

Essa orientação da Administração Pública deve ser entendida não com relação aos destinatários do ato e sim para com os seus agentes, pois quanto aos destinatários nada mais seria que o próprio Princípio da Isonomia.

Nesse sentido Silva (2007, p.667) defende que os atos da Administração não devem ser imputados ao administrador, e sim ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual ele age, pois ele é um mero agente da Administração Pública, não sendo ele o autor institucional do ato.

1.2.3 Princípio da Moralidade

Este princípio não deve ser entendido como a Moralidade individual, a moral comum, mas sim uma moral jurídica (MEIRELLES, 2008, p. 90).

Também é chamado de Princípio da Moralidade Administrativa, para fazer bem essa distinção com relação à moral comum.

Sustenta que a Administração Pública e seus agente devem atuar conforme princípios éticos e violá-los significa violar o próprio Direito, sendo portanto uma ilicitude (MELLO, 2010, p. 119).

Segundo Di Pietro (2007, p. 69) o Princípio da Moralidade exige que a Administração Pública comporte-se não apenas de forma lícita, mas conforme a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, enfim a idéia comum de honestidade.

1.2.4 Princípio da Publicidade

Consiste na divulgação oficial dos atos da Administração Pública para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Assim, a publicidade não é um elemento formativo do ato, mas sim um requisito de eficácia e moralidade. Além de assegurar seus efeitos externos, propicia o seu conhecimento e principalmente a possibilidade de controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral (MEIRELLES, 2008, p. 96).

É o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, não podendo haver em um Estado Democrático de Direito ocultamento aos administrados dos assuntos que lhe possam afetar, somente admitindo-se o sigilo quando imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado (MELLO, 2010, p. 114-115).

1.2.5 Princípio da Eficiência

Alçado ao plano constitucional através da Emenda nº 19/98, esse princípio traduz a vontade da sociedade com relação à qualidade dos serviços prestados, que por muitas vezes deixa, e muito, a desejar aos anseios daqueles que necessitam (CARVALHO FILHO, 2008, p. 23).

É definido por Meirelles (2008, p. 98) como a exigência de que a atividade administrativa seja realizada com presteza, perfeição e rendimento funcional. Não basta mais ser desempenhada apenas com legalidade, exige-se resultados positivos para o serviço público e atendimento satisfatório às necessidades dos administrados.

Marinela (2005, p. 41) ainda acrescenta que o núcleo deste princípio é busca da produtividade e economicidade, atendendo à exigência de redução do desperdício de dinheiro público.

1.2.6 Princípio da Isonomia

A isonomia nada mais é que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Niebuhr (2000, p. 74) esclarece que como os contratos administrativos trazem benefícios econômicos ao particular contratado, o Princípio da Isonomia é a própria causa de existir o procedimento licitatório, de forma a garantir a igualdade de condições entre os licitantes.

Assim, é vedado o estabelecimento de condições que se traduzam em preferência em relação a determinado particular em detrimento dos demais.

1.2.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O contrato administrativo sendo necessariamente precedido de procedimento licitatório, como regra geral, deve com este guardar relação, deve estar estritamente vinculado ao instrumento convocatório que deu origem à sua confecção.

Mais do que isso, a sua minuta deve fazer parte do instrumento convocatório para dar ciência plena aos interessados das condições estabelecidas pela Administração, conforme o parágrafo 1º, do artigo 62 da lei nº 8.666/93 abaixo:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

Não é por menos que a mesma lei, no artigo 55, onde estabelece a cláusulas necessárias em todo o contrato, estipula a referida vinculação em seu inciso XI:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Para Carvalho Filho (2008, p. 226) este princípio além de dar certeza aos interessados sobre o que pretende a Administração, ele evita qualquer violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

1.2.8 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Este é um princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade, sendo condição de sua existência, pressuposto lógico do convívio social (MELLO, 2010, p. 96).

Isto porque não é o indivíduo em si, o destinatário final da atividade administrativa do Estado, mas sim o grupo social como um todo, do que este indivíduo fazer parte (CARVALHO FILHO, 2008, p. 26).

De acordo com Meirelles (2008, p. 105) essa supremacia é justamente o motivo da desigualdade entre a Administração Pública e os administrados, e dada a prevalência do interesse geral sobre o particular, surgem então inúmeros privilégios e prerrogativas em favor do Poder Público.

1.2.9 Princípio do Tratamento Diferenciado e Favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Este princípio afigura-se na Constituição desde 1988, no inciso IX do artigo 170, com a seguinte redação original:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Mas tarde, em 1995, a Emenda Constitucional nº 6, alterou a redação desse dispositivo, que permanece a mesma até os dias atuais, qual seja:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

O primeiro Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte após a Constituição de 1988, instituído pela lei nº 9.841 de 5 de outubro de 1999, previa a aplicação

deste princípio nas compras governamentais, porém, sem nunca ter sido devidamente regulamentado.

Assim, em se tratando de contratos administrativos, o único tratamento diferenciado e favorecido era o próprio regime de tributação dessas empresas, o SIMPLES, instituído pela lei nº 9.317 de 5 de dezembro de 1996, que já previa alíquotas menores do que as aplicadas às demais empresas.

Foi apenas com a promulgação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e seu regulamento dado pelo decreto nº 6.204 de 5 de setembro de 2007, que foram objetivamente definidos os tratamentos favorecidos e diferenciados para essas empresas nas contratações públicas, como por exemplo a obrigatoriedade de instituição de licitação com participação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, nos itens cujo valor a ser contratado seja igual ou menor que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

1.3 Características especiais dos contratos administrativos

Os contratos administrativos possuem características especiais em relação aos contratos ditos privados. São as chamadas cláusulas exorbitantes ou cláusulas de privilégio.

Tais cláusulas são as prerrogativas conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em decorrência do Princípio da Supremacia do Interesse Público, que coloca a Administração em uma posição de superioridade em relação à parte contratada (CARVALHO FILHO, 2008, P. 176).

Consiste em abrigar no contrato disposições incomuns ou até mesmo inadmissíveis no Direito Privado, colocando o contrato à mercê de uma das partes (MELLO, 2010, p. 616)

Meirelles (2010, p. 216) destaca que tais cláusulas não seriam lícitas num contrato privado, ao ponto em que desiguala uma das partes na execução do acordado, mas no contrato administrativo é absolutamente válida, desde que decorrente de lei ou dos princípios que regem a Administração Pública, visto que tem como finalidade atender perfeitamente ao interesse público, que sempre se sobrepõe aos interesses particulares.

Justen Filho (2010, p. 735) por sua vez, nega a existência de uma relação de subordinação entre o particular e a Administração, se com isso se queira indicar uma posição jurídica subalterna, de inferioridade, pois a situação jurídica do particular é plenamente prestigiada pelo Direito, que lhe confere uma proteção e tutela sem equivalência nos contratos do Direito Privado.

De acordo com a doutrina majoritária, essas cláusulas são aquelas que estão explicitadas nos cinco incisos do artigo 58 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, abaixo colacionados:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

1.3.1 Alteração unilateral do contrato

A alteração unilateral dos contratos administrativos está prevista de forma geral no inciso I do artigo 58 da lei nº 8.666/93, acima transcrito e de forma mais detalhada no artigo 65 da referida lei, conforme abaixo:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

(...)

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e,

no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

A alteração unilateral do contrato pode ser realizada ainda que não prevista expressamente em cláusula contratual, por constituir um preceito de ordem pública, previsto em lei, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-lo. Assim, nenhum particular contratado pela Administração adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral, pois isto significaria subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado (MEIRELLES, 2008, p. 217).

Para Justen Filho (2010, p. 735) a alteração unilateral do contrato não é propriamente um direito. Como o fim último da Administração é o bem comum, e este é indisponível, quando verificados os pressupostos normativos ela tem o dever de intervir no contrato fazendo as alterações necessárias e adequadas à consecução dos interesses fundamentais. Sendo assim, não seria a Administração titular de um direito subjetivo, uma mera faculdade disponível, mas sim um poder-dever que ao deixar de fazê-lo, o agente público estará atuando mal e sujeito à responsabilização por infração aos seus deveres funcionais.

Como se pode constatar, apesar de ser uma das prerrogativas da Administração frente ao contratado, a lei estipula limites ao exercício desse poder. Ao contrário do que se possa pensar, não são limites à supremacia do interesse público. Pelo contrário, são limites que justamente vão ao encontro do interesse coletivo. Qualquer alteração que se fizer necessária ultrapassando estes limites, se coadunará melhor com um novo processo licitatório, para atender aos princípios já mencionados aqui.

1.3.2 Rescisão unilateral do contrato

Assim como a alteração unilateral do contrato, a Administração também tem a prerrogativa de rescindí-lo unilateralmente conforme preconiza o inciso I do artigo 79 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

Os casos citados como ensejadores da rescisão unilateral do contrato estão expressos de forma taxativa nos incisos I a XII e no inciso XVII do artigo 78 do mesmo diploma legal, trazidos abaixo:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Como se pode perceber, excetuando-se os casos de interesse público, que como já visto tem supremacia sobre o interesse privado do particular contratado com algumas ressalvas e também casos fortuitos ou de força maior, todas as outras hipóteses são decorrentes de condutas faltosas, de falhas na execução do contrato pelo particular contratado.

Nesse sentido Mello (2010, p. 629) diz que assim como a alteração unilateral, ela só pode ocorrer nos casos previstos em lei e deverá ser motivada e precedida de ampla defesa e é ensejada por 2 hipóteses: a) razões de interesse público, sem falta do contratado, e assegurado o direito de indenização pelos prejuízos comprovadamente sofridos; e b) por falta do contratado sem prejuízo da aplicação de sanções e multas.

Carvalho Filho (2008, p. 179) prolata ainda que apesar de não estar expressamente disposto no inciso I do artigo 79 da LLCA, poderá haver rescisão unilateral do contrato no caso do inciso XVIII do artigo 78 abaixo:

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Esse inciso foi incluído através da lei nº 9.854 de 27 de outubro de 1999 e a referência à que ele se refere é a seguinte:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Esse requisito para habilitação por sua vez faz uma referência à Constituição Federal, e diz respeito à proibição do trabalho infantil abaixo transcrita:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

O doutrinador diz que a rescisão unilateral nesse caso ocorreria pelo inciso XII do artigo 78 da norma, que se refere às “razões de interesse público”, e nesse caso a razão seria a defesa da Constituição pela própria Administração Pública, devendo a providência ser justificada e determinada pela autoridade máxima da esfera administrativa, e portanto não se caracterizaria como falta do contratado.

Porém, não é necessária fazer toda essa construção doutrinária para justificar a rescisão unilateral nos casos de trabalho infantil e ainda excluir a culpa e o inadimplemento do contratado, dizendo ser serem as razões para tal rescisão puramente administrativas.

A obrigação da manutenção dos requisitos de habilitação é uma das cláusulas necessárias em todo contrato administrativo conforme inciso XIII do artigo 55 da lei nº 8.666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Logo, a empresa ao descumprir a proibição de trabalho infantil, perde as condições de habilitação, descumprindo uma cláusula obrigatória em todo o contrato administrativo, incorrendo no inciso I do artigo 78 (o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos), que é uma das hipóteses de rescisão unilateral da avença.

Nesse sentido, Justen Filho (2010, p. 863), sem se aprofundar na questão tece o seguinte comentário:

A lei nº 9.854 introduziu mais uma hipótese de rescisão no art. 78, mas não se preocupou com a redação do art. 79. Logo, até se poderia indagar acerca da solução, quando se cogitasse de extinguir o contrato com fulcro no inc. XVIII do art. 78. A omissão legislativa não é relevante. É evidente que a alternativa se enquadra no âmbito do inc. I. Se for o caso de aplicar o indigitado inc. XVIII do art. 78, a solução será a extinção por ato unilateral da Administração.

O parágrafo primeiro do artigo 79 traz um requisito de validade da rescisão como é possível observar abaixo:

§1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

Tal requisito é complementado pelo parágrafo único do artigo 78 que assegura o contraditório e a ampla defesa:

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

De toda sorte, qualquer que seja o motivo da rescisão unilateral do contrato, falta do contratado ou interesse público, é exigido procedimento regular com oportunidade de ampla defesa e justa causa, uma vez que a rescisão não é um ato discricionário e sim vinculado aos motivos que deram causa ao distrato. Se o contratado não se conformar com a decisão administrativa final pela rescisão, ele poderá recorrer ao Poder Judiciário, mas este

somente analisará a existência dos motivos e sua adequação às normas legais e contratuais, jamais entrando no mérito da rescisão (MEIRELLES, 2008, p. 248).

1.3.3 Fiscalização da execução do contrato

Assim como a rescisão unilateral, a fiscalização da execução dos contratos administrativos por parte da Administração não é uma mera faculdade, uma prerrogativa propriamente dita, que posso ou não ser realizada pelos agentes públicos. É um poder-dever, um ato vinculado, como determina o artigo 67 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Se o particular não estiver executando corretamente a prestação contratada a Administração deve imediatamente tomar providências. Somente através de uma fiscalização permanente que a Administração poderá detectar de antemão práticas irregulares, defeituosas ou que o cronograma não será cumprido e adotar as providências que se façam necessárias. Não se admite, porém, que a fiscalização seja utilizada para prejudicar o particular. Esta não deve ir além do necessário para a verificação dos deveres pactuados (JUSTEN FILHO, 2010, p. 738-739).

Conforme ensina Meirelles (2008, p. 231-232), a fiscalização deve ser sempre executada por um representante da Administração especialmente designado, sendo que para objetos complexos, pode ser contratado um terceiro para auxiliar na tarefa. O poder-dever de fiscalizar o cumprimento dos contratos não atenua nem retira as responsabilidades do contratado em sua fiel execução.

Justen Filho (2010, p. 811-812) entende que a fiscalização deve ser executada para melhor realizar os interesses da Administração. Pressupõe-se que a própria existência de

fiscalização em si, induz o contratado a executar da melhor maneira possível suas obrigações contratuais.

1.3.4 Aplicação de sanções devido à inexecução total ou parcial do contrato

Problemas na execução do contrato administrativo podem acarretar diversos tipos de sanções administrativas que estão previstas nos artigos 86 a 88 da lei nº 8.666/93 a seguir:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Uma vez que a finalidade da consecução dos contratos administrativos é um interesse público, que por sua vez é indisponível, toda e qualquer conduta que lese esse interesse deve ser sancionada.

Mais uma vez temos aqui um ato vinculado sob pena de responsabilização para a autoridade omissa.

Meirelles (2008, p. 233) admite porém a relevação da penalidade desde que motivada e baseada em conveniência para a Administração.

O nobre jurista explicita ainda que a aplicação das sanções, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, é uma medida auto-executória, podendo a Administração reter a garantia ou descontar dos pagamentos a serem realizados. Apenas quando não há possibilidade de desconto de valores ou quando há necessidade de apreensão de bens é que a Administração deverá acionar a via judicial.

Para a sua correta aplicação as sanções devem ser compatíveis com a gravidade e a reprobabilidade da infração. O apenamento não pode ser excessivo, devendo respeitar o Princípio da Proporcionalidade, explicitamente consagrado no inciso VI do parágrafo único do artigo 2º da lei nº 9.874 de 29 de janeiro de 1999, a Lei de Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (JUSTEN FILHO, 2010, p. 883-884), a seguir colacionado:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Carvalho Filho (2008, p. 200-201) traz à tona a divergência doutrinária no que diz respeito às sanções de suspensão temporária/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, afirmando que parte da doutrina entende que os efeitos de ambas são restritivos, ficando limitados ao ente federativo que aplicou a sanção. Já para outra parte, e em função da redação legislativa, os efeitos são restritivos para a suspensão/impedimento, já que o inciso em questão utiliza o termo “Administração”, definido no inciso XII do artigo 6º da lei como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa através da qual opera a Administração Pública, e por sua vez, para a sanção de inidoneidade os efeitos seriam extensivos para todos os poderes e esferas da Administração Pública.

O doutrinador por sua vez acredita que tal confusão é fruto de péssima e atécnica definição de Administração Pública, pois não é concebível que um particular, que incorre em falta na execução de um contrato com um órgão, falta essa grave o suficiente para suscitar uma penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração, no âmbito de um ente federativo, não acarrete risco para as demais entidades federativas que podem vir a contratar com a empresa punida. Em seu entender, ambas as sanções devem ser interpretadas extensivamente.

1.3.5 Ocupação provisória dos bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato

A ocupação provisória de que trata o inciso V do artigo 58, traz em sua redação duas hipóteses para a sua ocorrência: a) em caso de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado; e b) no caso de rescisão do contrato administrativo.

A respeito da primeira hipótese, muito pouco se encontra disponível nas doutrinas especializadas.

Justen Filho (2010, p. 739-740) sustenta que esse viés do dispositivo é inaplicável, tal sua incompatibilidade com o inciso XXV do artigo 5º da Constituição Federal que autoriza o uso de propriedade particular somente em caso de iminente perigo público como se pode claramente perceber abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

O mestre ainda ensina que nos casos de interesse público ou social, tal apossamento depende de prévia autorização judicial. Assim, existindo indícios de faltas contratuais que necessitem verificação imediata e produção de provas, a solução é recorrer ao Poder Judiciário, assegurando assim as garantias constitucionais ao direito de propriedade e aos princípios do devido processo legal, da universalidade da jurisdição, da produção bilateral de provas e da ampla defesa.

O douto jurista sugere que essa primeira hipótese se amoldaria ao caso de necessidade de prosseguimento dos serviços públicos, na esfera de permissões e concessões passadas para o particular pela Administração. Mas nesse caso, com a superveniência da lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que trata especificamente do assunto, tal dispositivo perdeu sua eficácia.

Desta forma, resta apenas a segunda hipótese de sua aplicação, qual seja, nos casos de rescisão contratual pela Administração de modo unilateral por falha na execução do contrato. Nesta hipótese ele se relaciona com o inciso II do artigo 80 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, abaixo:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

§3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

§4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

Como a finalidade da rescisão administrativa é garantir a continuidade do serviço público que não estava sendo prestado a contento, pode a Administração realizar a ocupação provisória como meio eficaz de evitar a prolongada paralisação de obras e serviços públicos, com posse e utilização do local, instalações, equipamentos, materiais e pessoal necessários à sua continuidade, que posteriormente serão devolvidos e ressarcidos ao particular (MEIRELLES, 2008, p. 249-250).

Justen Filho (2010, p. 869-870) abre divergência ao defender que o inciso II do artigo 80 deve ser considerado revogado, pelo mesmo motivo anteriormente exposto, qual seja, por se tratar de regra aplicável aos serviços públicos essenciais que não comportem interrupção e em decorrência da superveniência de Lei de Permissões e Concessões de Serviços Públicos que passou a reger o assunto. Diz por exemplo que se um fornecedor de bens se recusar a cumprir a prestação, a Administração não pode rescindir o contrato, tomar posse da empresa privada e retirar dali os bens de que necessita para cumprimento do objeto do contrato.

Assim, resta à Administração apenas o disposto no inciso I do artigo 80 da lei nº 8.666/93, que é a assunção imediata do objeto do contrato no estado em que este se encontrar, fundado no princípio de que se o particular tivesse cumprido sua obrigação, o objeto seria transferido para o Poder Público logo, o inadimplemento do contratado não pode constituir obstáculo para o apossamento (JUSTEN FILHO, 2010, p. 869)

1.4 O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Assim como em um sistema político de freios e contra pesos existem Poderes independentes e que fiscalizam uns aos outros de modo a manter o equilíbrio de forças, impedindo que um se sobreponha a outro e haja excessos, exageros em seu exercício, pode-se dizer que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é um contra peso à Supremacia do Interesse Público, que resulta nas chamadas cláusulas exorbitantes.

Cabe ao particular integral proteção às suas aspirações econômicas por ocasião do contrato, nos termos estipulados. Poder algum do contratante público pode feri-la de algum modo ou reduzir-lhe a expressão, por menor que seja. Essa proteção excepcionalmente grande ao particular é a contrapartida aos poderes da Administração, que a desigualdade por este imposta equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro do contratante particular (MELLO, 2010, p. 623).

Tal proteção não encontra igual correspondência nos contratos privados. Se ocorre, por exemplo, um aumento de imposto que atinge um dos contratantes, este deverá suportá-lo sob pena de quebra contratual, afinal, *pacta sunt servanda*.

Não se desconsidera aqui a existência da cláusula/princípio *rebus sic stantibus*, que prolata que o contrato será executado enquanto a situação permanecer inalterada. Mas tal cláusula é aplicada primordialmente aos casos em que a alteração, a superveniência de fato externo ao contrato é tão impactante, que o torna excessivamente oneroso ou até mesmo impossível de executá-lo. Não sendo este o caso, o particular deverá arcar com o ônus não previsto.

1.4.1 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro

Nos contratos administrativos não se admite que a Administração através de uma alteração unilateral, libere-se dos deveres assumidos ou se beneficie às custas do patrimônio do contratado. As prerrogativas da Administração não são métodos para obtenção de lucros ou benefícios econômicos mas sim instrumentos para a realização do bem público. Quando o particular formula sua proposta, ele constrói uma relação entre os encargos que assumiria e os benefícios que perceberia e a isso se chama de “equilíbrio econômico-financeiro” do contrato (JUSTEN FILHO, 2010, p. 705-706).

Meirelles (2008, p.218) ao dizer que a Administração não pode violar o direito do contratado de manter o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, devendo realizar os ajustes necessários em seu reestabelecimentos, vai mais além ao afirmar que esses ajustes podem ser para mais ou para menos, conforme o caso.

1.4.2 Institutos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

A previsão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo encontra-se explicitamente prevista em diversos dispositivos da lei nº 8.666/93.

Para Mello (2010, p. 625) porém, nem mesmo por lei a garantia do particular ao equilíbrio econômico-financeiro poderia ser afetada, por esta ter sede em dispositivo constitucional, em seu artigo 37, inciso XXI, que dita que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

O decreto 2.271 de 7 de julho de 1997, que trata sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, também conhecida como terceirização de serviços, em seu artigo 5º traz também a previsão de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a saber:

Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Diversas nomenclaturas referindo-se ao instituto do equilíbrio econômico-financeiro foram usadas pelos diversos diplomas legais, tais como: correção, reajuste, atualização, compensação, manutenção, revisão, modificação, restabelecimento, recomposição e repactuação.

Costuma-se sintetizar os diferentes institutos em 3 ou 4 nomenclaturas como será visto a seguir.

1.4.2.1 Reajuste de preços

Previsto no inciso XI do artigo 40 da lei nº 8.666/93, como indicação obrigatória no edital e também como cláusula contratual, tem como objetivo refletir a variação efetiva do custo de produção desde a data da proposta até o adimplemento de cada parcela.

Caracteriza-se por ser uma fórmula preventiva estabelecida no momento do contrato para evitar os efeitos inflacionários e consequente perda do poder aquisitivo da moeda, admitido a utilização de um índice idôneo (CARVALHO FILHO, 2008, p.182).

Meirelles (2008, p. 219) no mesmo sentido atesta que é uma conduta contratual, autorizada por lei, para corrigir os danos monetários provocados pela inflação. Não decorre de imprevisão das partes, mas sim da previsão de uma realidade existente, razão pela qual o legislador institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais.

Ocorre que a lei de Licitação e Contratos Administrativos foi promulgada em uma época de hiperinflação e total descontrole de preços, que sofriam alterações substanciais de um dia para o outro. Mas é justamente em função dessa “realidade existente”, que desde a implantação do Plano Real, que estabilizou a moeda nacional e controlou a inflação reduzindo-a drasticamente, esse instituto não se mostra mais cabível.

Na lição de Justen Filho (2010, p. 555),

Com a estabilização econômica, a aplicação do inc. XI foi afetada. É duvidosa a manutenção da vigência dele, tendo em vista as numerosas regras supervenientes, trazidas pelos diversos diplomas que disciplinaram o chamado “Plano Real”.

Um desses diplomas foi a lei nº 10.192 de 14 de fevereiro de 2001, que em seu artigo 2º e parágrafo 1º, acabou por modificar o sentido original do reajuste, que deveria ser aplicado desde a data da proposta até a data do adimplemento da parcela, ao proibi-lo de ser aplicado em período inferior a um ano conforme abaixo:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

1.4.2.2 Atualização monetária

Prevista na alínea “c” do inciso XIV do artigo 40 e no inciso III do artigo 55 da lei nº 8.666/93, também é chamada de correção monetária e tem como fundamento, assim como o reajuste de preços, a existência de elevada e imprevisível inflação à época da redação da LLCA. Deveria manter íntegro o valor monetário devido pela Administração, desde o

momento em que o particular cumpriu sua obrigação, e portanto faz jus ao recebimento da contraprestação pecuniária, até a data em que efetivamente se der o pagamento.

Enquanto que o reajuste visa um aumento no valor do pagamento, em razão da efetiva alteração do custo de prestação acordada, a atualização monetária visa apenas manter inalterado o valor devido. O que se altera é a quantidade de moeda que expressa o mesmo valor em datas distintas. Sua influência é unicamente inflacionária (MELLO, 2010, p. 634-637).

Assim como o reajuste de preços Justen Filho (2010, p.559) entende não ser mais cabível em função da estabilização econômica do país após o início de vigência da lei.

1.4.2.3 Revisão dos preços

Comumente referida como recomposição dos preços, recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou até mesmo reequilíbrio econômico-financeiro, está prevista tanto no parágrafo 2º do artigo 58 quanto na alínea “d” do inciso II do artigo 65 e parágrafo 5º do mesmo artigo.

Carvalho Filho (2008, p. 183) aponta que a revisão deriva da superveniência de um fato que à época da avença não era conhecido pelos contratantes, no máximo poderia-se supor sobre sua ocorrência.

Por considerar situações novas, é cabível nos casos em que o reajuste não se amolda de maneira eficaz à correta manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (MELLO, 2010, p. 637).

Para Meirelles (2008, p.246-247) a revisão pode ocorrer devido à própria Administração, quando esta altera unilateralmente os projetos de maneira qualitativa ou quantitativa para atender o interesse público com aumento dos encargos do particular, ou pela superveniência de fatos novos, sejam atos de Governo ou fatos materiais imprevisíveis pelas partes que agrave ou até mesmo torne inexecutável o ajuste inicial, tais como interferências imprevistas, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato da Administração, sendo que todas decorrem da teoria da imprevisão, considerada que o contrato só é executável enquanto a situação permanecer a mesma do momento do ajuste, a já mencionada cláusula *rebus sic*

stantibus. A partir do momento em que ocorre modificação anormal da situação em que se embasou o contrato, este deverá ser revisto ou até mesmo rescindido.

1.4.2.4 Repactuação

A repactuação é prevista inicialmente no artigo 5º do decreto 2.271/97, já transcrito acima, que trata da terceirização de serviços. Ela é mais amplamente tratada na Instrução Normativa nº 02 de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata da contratação de serviços, continuados ou não, pela Administração Pública.

A mesma Instrução Normativa nº 02/2008 fornece a seguinte definição ao termo repactuação:

XVIII – REPACTUAÇÃO: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que deve ser utilizada para serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no instrumento convocatório com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo ou à convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

Com isso, percebe-se que a repactuação é quase que uma mistura entre o reajuste e a revisão, válida somente para serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra.

Do reajuste ela guarda as características da anualidade obrigatória para sua concessão, enquanto a revisão pode se dar a qualquer tempo bastando a ocorrência de fato imprevisível, e sua formalização ocorre por apostilamento diferentemente da revisão que deve ser feita por termo aditivo.

Contudo, assim como na revisão, e diferente do reajuste, ela não é automática e nem vinculada à inflação ou a índices setoriais, mas deve refletir o real impacto dos encargos do contratado, analiticamente demonstrado. Decorre de um fato, embora previsível, tem consequências incalculáveis.

Destina-se também a impedir que uma eventual prorrogação contratual produza ganhos indevidos para uma das partes pois por exemplo, alguns custos relativos ao desempenho das atividades podem ter sido amortizados durante o primeiro ano do contrato e

deixem de existir no exercício seguinte. Desta forma o simples reajuste automático produziria ganhos indevidos para o particular (JUSTEN FILHO, 2010, p. 793).

Tendo sido analisados os diversos aspectos dos contratos administrativos, passaremos à análise do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e o seu respectivo regime de tributação.

2 O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

2.1 Breve histórico do tratamento favorecido e diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte

A Constituição de 1988 previu tratamento favorecido e diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte no inciso IX do artigo 170 e no artigo 179, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Assim a lei nº 9.317/96 estabeleceu um regime tributário diferenciado, denominado de SIMPLES, para as empresas que assim se enquadrassem e optassem, tendo como base a sua receita bruta. Entre suas particularidades estavam o pagamento em conjunto de certos tributos, com alíquotas menores do que as devidas pelas empresas não enquadradas ou optantes e variáveis em função de sua receita bruta.

Porém, entre as vedações à opção pela tributação pela SIMPLES, dispostas em seu artigo 9º encontrava-se:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII - que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

Com essa vedação, a grande maioria dos serviços contratados pela Administração Pública, impedia que a empresa prestadora do serviço optasse por esse benéfico regime tributário.

A lei nº 9.841/99, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, trouxe a possibilidade de tratamento diferenciado nas compras governamentais em seu artigo 24 a seguir:

Art. 24. A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.

Entretanto, o decreto nº 3.474 de 19 de maio de 2000, que regulamentou o Estatuto introduzido pela lei nº 9.841/99, acabou por silenciar a respeito desse tratamento diferenciado.

A Emenda Constitucional nº 42 de 19 de dezembro de 2003, em matéria tributária constitucional, fez incluir os seguintes dispositivos ao artigo 146:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Com essa alteração na Constituição Federal, qualquer mudança pretendida na legislação então em vigor deveria ser feita através de uma lei complementar, aumentando a dificuldade em promover alterações no regime tributário em vigor instituído através de lei ordinária.

Foi apenas com a edição da lei complementar nº 123/06 que foi possível revogar as leis nº 9.317/96 e 9.841/99, unindo o espírito dos dois textos sob um mesmo diploma legal, criando o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte que impera até os dias atuais.

2.2 Conceito de microempresa e empresa de pequeno porte

O conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, salvo algumas exceções previstas no próprio diploma legal, é trazido pelo artigo 3º da lei complementar nº 123/06, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Portanto no Brasil o critério básico para definição a respeito do tamanho de uma empresa é econômico, em função da receita anual percebida pela empresa. Alguns países adotam como critério para tal definição o número total de funcionários contratados da empresa.

Se a companhia se enquadrar nos limites legais e não incorrer em nenhuma das vedações previstas, ela é considerada microempresa ou empresa de pequeno porte, como for o caso, e poderá usufruir dos tratamentos diferenciados previstos, sendo que sob certas condições, poderá também optar pelo regime tributário diferenciado e favorecido.

2.3 O atual regime de tributação conferido às microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional

Uma das modificações trazidas pelo novo Estatuto foi a permissão da opção pela tributação pelo Simples Nacional para as empresas que prestam serviços de vigilância, limpeza ou conservação, conforme abaixo:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

(...)

§1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

(...)

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3o deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3o. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

(...)

§5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

(...)

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Dessa forma, as empresas fornecedoras de uma boa parte dos serviços contratados pela Administração Pública, passaram a ter a possibilidade de optar pelo regime tributário especial denominado Simples Nacional, reduzindo os seus custos em decorrência da aplicação de alíquotas menores, podendo oferecer os seus serviços a preços menores, mais competitivos, e consequentemente ganhando mercado, aumentando seu faturamento, seu lucro.

As alíquotas para os serviços de vigilância, limpeza ou conservação, conforme o parágrafo 5º-C do artigo 18 acima transcrito, encontram-se definidas na tabela do anexo IV da referida lei, vigente desde 1º de janeiro de 2012, abaixo:

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	Alíquota	IRPJ	CSLL	COFINS	PIS/PASEP	ISS
Até 180.000,00	4,50%	0,00%	1,22%	1,28%	0,00%	2,00%
De 180.000,01 a 360.000,00	6,54%	0,00%	1,84%	1,91%	0,00%	2,79%
De 360.000,01 a 540.000,00	7,70%	0,16%	1,85%	1,95%	0,24%	3,50%
De 540.000,01 a 720.000,00	8,49%	0,52%	1,87%	1,99%	0,27%	3,84%
De 720.000,01 a 900.000,00	8,97%	0,89%	1,89%	2,03%	0,29%	3,87%
De 900.000,01 a 1.080.000,00	9,78%	1,25%	1,91%	2,07%	0,32%	4,23%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	10,26%	1,62%	1,93%	2,11%	0,34%	4,26%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	10,76%	2,00%	1,95%	2,15%	0,35%	4,31%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	11,51%	2,37%	1,97%	2,19%	0,37%	4,61%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	12,00%	2,74%	2,00%	2,23%	0,38%	4,65%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	12,80%	3,12%	2,01%	2,27%	0,40%	5,00%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	13,25%	3,49%	2,03%	2,31%	0,42%	5,00%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	13,70%	3,86%	2,05%	2,35%	0,44%	5,00%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	14,15%	4,23%	2,07%	2,39%	0,46%	5,00%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	14,60%	4,60%	2,10%	2,43%	0,47%	5,00%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	15,05%	4,90%	2,19%	2,47%	0,49%	5,00%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	15,50%	5,21%	2,27%	2,51%	0,51%	5,00%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	15,95%	5,51%	2,36%	2,55%	0,53%	5,00%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	16,40%	5,81%	2,45%	2,59%	0,55%	5,00%
De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	16,85%	6,12%	2,53%	2,63%	0,57%	5,00%

Tabela 1 – Alíquotas do Simples Nacional aplicadas aos serviços de vigilância, limpeza ou conservação

Como se extrai da tabela, para as empresas prestadoras dos serviços de vigilância, limpeza ou conservação, a adoção do Simples Nacional implica no recolhimento conjunto com alíquotas diferenciadas dos tributos Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição para o PIS/Pasep (PIS/PASEP) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

A regra para se determinar a alíquota de aplicação, está contida no parágrafo 1º do artigo 18 a seguir:

§1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

E a base de cálculo é definida como sendo a receita bruta mensal da empresa, de acordo com o parágrafo 3º do mesmo artigo:

§3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à

opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irrevogável para todo o ano-calendário.

Portanto a sistemática de aplicação deste regime de tributação é dada mensalmente, podendo ocorrer variação da alíquota aplicada de um mês para o outro. Por exemplo, sobre o faturamento de uma empresa de limpeza no mês de novembro de 2014 será aplicada a alíquota correspondente à sua receita bruta acumulada entre novembro de 2013 até outubro de 2014. Se esta receita bruta acumulada no período for, por exemplo, de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a alíquota incidente, de acordo com o anexo IV da lei complementar nº 123/06 (tabela 01), será de 9,78%, correspondente ao somatório dos percentuais de 1,25% (IRPJ), 1,91% (CSLL), 2,07% (COFINS), 0,32% (PIS/PASEP) e 4,23% (ISS). Já para o mês de dezembro de 2014 será aplicada a alíquota correspondente à sua receita bruta acumulada entre dezembro de 2013 até novembro de 2014. Se esta receita bruta acumulada no período for, por exemplo, de R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais), acrescido esse decorrente da diferença de receita do mês de novembro de 2013, que deixou de ser contabilizado, e o mês de novembro de 2014 que passou a entrar no cálculo, a alíquota incidente, será de 10,26%, correspondente ao somatório dos percentuais de 1,62% (IRPJ), 1,93% (CSLL), 2,11% (COFINS), 0,34% (PIS/PASEP) e 4,26% (ISS). Houve portanto, um acréscimo na alíquota a ser recolhida no Simples Nacional do mês de novembro para o mês seguinte da ordem de 0,48%.

2.4 O atual tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras

A outra mudança que a lei complementar nº 123/06 trouxe em relação ao Estatuto anterior foi a efetiva positivação de um tratamento favorecido nas contratações com o Poder Público em seus artigos 42 a 49.

O decreto nº 6.204/07 regulamentou estes artigos no âmbito da Administração Pública Federal, sendo que a lei complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014 alterou alguns desses dispositivos com o intuito de fortalecer o tratamento diferenciado para todas as esferas do Poder Público, estendendo em alguns casos imposições já regulamentadas no âmbito Federal.

A seguir listaremos os tratamentos favorecidos e diferenciados atualmente destinados às microempresas e empresas de pequeno porte.

2.4.1 Comprovação de regularidade fiscal

Nas licitações, as documentações comprobatórias de que a empresa possui regularidade fiscal, somente serão exigidas das microempresas e empresas de pequeno porte assim definidas pela lei complementar, caso esta venha a se sagrar vencedora do certame e apenas no momento da assinatura do contrato.

Se a documentação apresentar alguma irregularidade, alguma restrição, ao invés de ser inabilidade e eliminada do certame, a empresa dispõe de um prazo de cinco dias úteis para sua regularização, podendo este prazo ser prorrogado por igual período.

2.4.2 Empate ficto

Foi criada a figura do empate ficto, onde ao final da averiguação dos valores da proposta, a melhor oferta não tiver sido dada por microempresa ou empresa de pequeno porte, a empresa beneficiária do tratamento diferenciado cuja proposta for superior em no máximo 10% do melhor preço será considerada empatada e poderá ofertar um novo valor, menor que a melhor oferta para ser vencedora da licitação. Caso a licitação seja realizada na modalidade Pregão, presencial ou eletrônico, será de 5% a diferença para o melhor preço para se considerar empatada.

2.4.3 Licitação para participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte

A Administração Pública deverá promover procedimento licitatório destinados exclusivamente para a participação de microempresas e empresas de pequeno porte para os itens cuja contratação seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Até a edição da lei complementar nº 147/14, essa obrigatoriedade era apenas para o âmbito federal, por força do decreto nº 6.204/07.

Excetuam-se desse caso se não houver um mínimo de três fornecedores beneficiários de tratamento favorecido sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências do edital, conforme inciso II do artigo 49, se a dispensa de tal tratamento não for vantajosa para a Administração, conforme inciso III do artigo 49, e se for caso de dispensa de licitação que não pelo valor ou inexigibilidade de licitação, conforme o inciso IV do mesmo artigo.

A lei complementar nº 147/14 também incluiu que a Administração poderá estabelecer, desde que justificadamente, preferência de contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte sediadas local ou regionalmente ainda que seus preços sejam superiores em até 10% do melhor preço.

2.4.4 Subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte

Nos itens a serem contratados que tenham valores maiores do que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a Administração poderá estabelecer que caso a vencedora do certame não seja uma empresa enquadrada no Estatuto, ela deverá subcontratar uma microempresa ou empresa de pequeno porte para realizar parte do objeto da licitação.

Ressalva-se que são feitas aqui as mesmas exceções do item anterior.

2.4.5 Cota de contratação para microempresa ou empresa de pequeno porte

Nos procedimentos licitatórios para aquisição de bens de natureza divisível com valor superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), porque senão a contratação seria destinada exclusivamente à microempresas e empresas de pequeno porte, a licitação obrigatoriamente deverá estabelecer uma cota, que não poderá ser superior a 25% do objeto, para contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, independente da diferença de preço existente entre a concorrência geral e a cota.

Aqui também são feitas as mesmas exceções do item 2.4.3 inclusive sobre a possível contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte sediadas local ou regionalmente com preços superior em até 10%.

Dessa feita no capítulo seguinte será realizada uma análise com base nos princípios e características dos contratos administrativos e no tratamento favorecido, diferenciado e simplificado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte para se averiguar se a variação da alíquota aplicada no Simples Nacional em decorrência da mudança no faturamento da empresa implica em quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e assim este deva ser restabelecido.

3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE PREÇOS EM DECORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA DE IMPOSTOS DEVIDO A MUDANÇA DE FAIXA DE APLICAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL

Em função da sistemática da definição das alíquotas a serem aplicadas no Simples Nacional que é realizada mensalmente, podendo variar de um mês para outro, a averiguação aqui a ser feita é se uma empresa optante desse regime de tributação, que contratou com a Administração Pública tomando como base as alíquotas à ela aplicadas quando do firmamento do ajuste, pode pleitear restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro por ter aumentado o seu faturamento e por conseguinte estar sob a incidência de alíquotas maiores.

Por duas formas distintas em duas situações extremamente semelhantes entre si e com a problemática aqui proposta, já se admitiu que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato havia sido rompido e portanto o contratado fazia jus ao seu devido restabelecimento.

A primeira situação, tratada em artigo publicado na internet por Nadja Adriano de Santana Azeituno, Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Aviação Civil no Distrito Federal, diz respeito ao incremento no valor dos tributos recolhidos motivado pela exclusão da contratada do Simples Nacional em razão de seu faturamento ter superado os limites legais.

A segunda, de forma mais ampla, examinou a hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro devido à modificação das alíquotas em decorrência da inclusão ou exclusão da contratada do Simples Nacional independentemente do motivo da inclusão/exclusão e foi objeto do Parecer nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União.

Em ambos os casos entendeu-se pela possibilidade do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro que haveria sido rompido.

3.1 A Planilha de Custos e Formação de Preços

Para se efetuar devidamente a análise proposta, compele conhecer a Planilha de Custos e Formação de Preços, instituída pela IN nº 02/2008 SLTI/MPOG, a ser apresentada nas licitações de contratações de serviços, como é o caso em análise.

A definição do termo trazida pelo anexo I da referida instrução normativa é a seguinte:

XII - PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS: documento a ser utilizado para detalhar os componentes de custo que incidem na formação do preço dos serviços, podendo ser adequado pela Administração em função das peculiaridades dos serviços a que se destina, no caso de serviços continuados.

Abaixo, trazemos como exemplo uma planilha apresentada por um licitante em determinada licitação de limpeza.

Custos	PERCENTUAIS E VALORES DE REFERÊNCIA	SERVENTE
MÓDULO 1: COMPOSIÇÃO DA REMUNERAÇÃO		
1 - Composição da Remuneração		Valor (R\$)
A - Salário Base		787,60
B - Adicional periculosidade		
C - Adicional insalubridade		
D - Adicional noturno		
E - Hora noturna adicional		
F - Adicional de Hora Extra		
G - Intervalo intrajornada		
H - Outros (especificar)	4%	31,50
TOTAL DA REMUNERAÇÃO		819,10
MÓDULO 2: BENEFÍCIOS MENSIS E DIÁRIOS		
2 - Benefícios Mensais e Diários		Valor (R\$)
A - Transporte	R\$ 2,90	80,34
B - Auxílio alimentação (Vales, cesta básica etc.)	R\$ 11,00	193,60
C - Assistência médica e familiar		-
D - Auxílio creche		-
E - Seguro de vida, invalidez e funeral		2,00
F - Benefício Assistencial Social Familiar		
G - Cesta Básica		
TOTAL DOS BENEFÍCIOS MENSIS E DIÁRIOS		275,94
MÓDULO 3: INSUMOS DIVERSOS		
3 - Insumos Diversos		Valor (R\$)
A - Uniformes		40,00
B - Materiais		150,00
C - Equipamentos		40,00
D - Outros (especificar)		
TOTAL DOS INSUMOS DIVERSOS		230,00
MÓDULO 4: ENCARGOS SOCIAIS E TRABALHISTAS		
Submódulo 4.1 - Encargos previdenciários e FGTS		
4.1 - Encargos previdenciários e FGTS		Valor (R\$)
A - INSS	20,00%	163,82
B - SESI ou SESC	0,00%	-
C - SENAI ou SENAC	0,00%	-
D - INCRA	0,00%	-
E - Salário Educação	0,00%	-
F - FGTS	8,00%	65,53
G - Seguro Acidente do Trabalho/SAT/INSS	3,00%	24,57
H - SEBRAE	0,00%	-
Total de Encargos previdenciários e FGTS	31,00%	253,92
Submódulo 4.2 - 13º Salário e Adicional de Férias		
4.2 - 13º Salário e Adicional de Férias		Valor (R\$)
A - 13º salário	8,33%	68,23
B - Adicional de Férias	2,78%	22,77
Subtotal	11,11%	91,00
C - Incidência do Submódulo 4.1 sobre 13º Salário e Adicional de Férias	3,44%	28,21
Total de 13º Salário e Adicional de Férias	14,55%	119,21
Submódulo 4.3 - Afastamento Maternidade		
4.3 - Afastamento Maternidade		Valor (R\$)
A - Afastamento maternidade	0,55%	4,51
B - Incidência do Submódulo 4.1 sobre afastamento maternidade	0,17%	1,40
Total de afastamento maternidade	0,72%	5,90

Figura 1 – Exemplo de Planilha de Custos e Formação de Preços

Submódulo 4.4 - Provisão para Rescisão		
4.4 - Provisão para Rescisão		Valor (R\$)
A - Aviso prévio indenizado	5,00%	40,96
B - Incidência do Submódulo 4.1 sobre aviso prévio indenizado	0,04%	0,33
C - Multa do FGTS do aviso prévio indenizado	0,24%	1,97
D - Aviso prévio trabalhado	1,94%	15,89
E - Incidência do submódulo 4.1 sobre o aviso prévio trabalhado	0,60%	4,93
F - Multa do FGTS	4,76%	38,99
Total de provisão para Rescisão	12,58%	103,05
Submódulo 4.5 - Custo de Reposição do Profissional Ausente		
4.5 - Composição do Custo de Reposição do Profissional Ausente		Valor (R\$)
A - Férias	9,08%	74,33
B - Ausência por doença	1,39%	11,39
C - Licença paternidade	0,02%	0,16
D - Ausências legais	0,28%	2,29
E - Ausência por acidente de trabalho	0,03%	0,25
F - Outros (especificar)	0,00%	-
Subtotal	10,80%	88,42
G - Incidência do submódulo 4.1 sobre o custo de reposição do profissional ausente	3,35%	27,41
Total dos custos de reposição do profissional ausente	14,14%	115,83
QUADRO RESUMO - MÓDULO 4 - Encargos sociais e trabalhistas		
Módulo 4 - Encargos sociais e trabalhistas		Valor (R\$)
4.1 - 13º Salário e adicional de férias		253,92
4.2 - Encargos previdenciários e FGTS		119,21
4.3 - Afastamento maternidade		5,90
4.4 - Custo de rescisão		103,05
4.5 - Custo de reposição do profissional ausente		115,83
4.6 - Outros (especificar)		-
TOTAL DOS ENCARGOS SOCIAIS E TRABALHISTAS		597,93
MÓDULO 5: CUSTOS INDIRETOS, TRIBUTOS E LUCRO		
5 - Custos Indiretos, Tributos e Lucro (SIMPLES FAT ENTRE 900.000,01 A 1.080.000,00)		Valor (R\$)
A - Custos Indiretos	4,29%	82,55
B - Lucro	5,00%	100,28
C - Tributos	6,62%	149,29
C.1 - Tributos Federais (COFINS)	2,07%	46,68
C.2 - Tributos Federais (PIS)	0,32%	
C.3 - Tributos Municipais (ISS)	4,23%	95,39
C.4 - Outros Tributos (especificar)		
TOTAL DOS CUSTOS INDIRETOS, TRIBUTOS E LUCRO		332,12
QUADRO RESUMO DO CUSTO POR EMPREGADO		
Mão-de-obra vinculada à execução contratual (valor pr empregado)		Valor (R\$)
A - Módulo 1 - Composição da Remuneração		819,10
B - Módulo 2 - Benefícios Mensais e Diários		275,94
C - Módulo 3 - Insumos Diveros (uniformes, materiais, equipamentos e outros)		230,00
D - Módulo 4 - Encargos Sociais e Trabalhistas		597,93
E - Módulo 5 - Custos indiretos, tributos e lucro		332,12
VALOR TOTAL POR EMPREGADO		2.255,09
TOTAL POR 2 EMPREGADOS		4.510,18
TOTAL ANUAL 2 EMPREGADOS		54.122,15

Figura 2 – continuação do exemplo de Planilha de Custos e Formação de Preços

Como se nota no Módulo 5 da Planilha, onde estão inseridos os tributos devidos, temos apenas três (PIS/PASEP, COFINS e ISS) dos cinco tributos que fazem parte do Simples Nacional para esse tipo de empresa. Isso porque o TCU já se pronunciou pela não inserção dos dois tributos ausentes (IRPJ e CSLL) na Planilha, conforme item 1.5.1.6 do Acórdão nº 1.696/2010-2ª Câmara abaixo:

1.5.1.6. não aceite a inclusão, no quadro dos tributos da planilha da contratada, de tributos de caráter personalístico, como IRPJ e CSLL, assim como a presença de contribuições já extintas, como o caso da CPMF;

Cabe ressaltar que a alíquota dos impostos é incidente sobre o “valor total por empregado”, cuja composição principal é o custo da prestação do serviço, e se refletirá no faturamento da empresa.

3.2 O equilíbrio econômico-financeiro no caso em apreço

É inegável que o contratado que formulou sua proposta inicial baseada em alíquotas divergentes às que lhe são de fato incidentes no momento atual, teve um aumento de encargos, pois os tributos incidem sobre o valor do contrato e qualquer variação daqueles representa um aparente desequilíbrio, e assim, é de se supor que ele fará jus ao seu restabelecimento. Porém é necessário verificar se esse aumento de encargos realmente se configura como uma quebra do equilíbrio do contrato.

Conforme Justen Filho (2010, p. 776):

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

O renomado jurista continuar seus ensinamentos dizendo ser exigido que o aumento dos encargos não seja resultado de conduta culposa, uma má atuação do particular, por exemplo quando o evento era previsível e não foi levado em conta, ocasião em que os prejuízos deverão ser por ele suportados e nesse caso não há que se falar em rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É exatamente nesse sentido que entende-se tratar o caso *sub examine*. Quando a empresa optante pelo Simples Nacional assina novos contratos, ela tem a obrigação de saber que o seu faturamento irá aumentar e a depender desse incremento, as alíquotas aplicáveis também irão se alterar. Tal fato deve ser previsto e inserido em seus custos. Por consequência, os contratos em vigor não devem ser alterados.

3.3 Princípio da Legalidade aplicado ao caso

Conforme já demonstrado, a Administração Pública só pode agir na exata medida da autorização legal. É preciso haver previsão expressa em lei para que a Administração possa ter certa conduta. Seus agentes devem atuar no estrito cumprimento da lei.

Tanto no artigo da Procuradora Federal Nadja Adriano de Santata Azeituno quanto no Parecer nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União, o dispositivo legal citado como fundamento que permite o entendimento de desequilíbrio econômico-financeiro merecedor de recomposição é o parágrafo 5º do artigo 65 da LLCA, que merece ser mais uma vez aqui transcrito:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Dizem que o caso, que serviria também para o que aqui é estudado, é o que está disposto como “alteração” nesse dispositivo, pois há uma efetiva variação da alíquota aplicável. Equivocam-se, porém. O parágrafo 5º trata do chamado fato do príncipe, que consiste segundo Mello (2010, p. 639) na adoção de medidas pelo Poder Público, no uso de suas prerrogativas e fora do contrato, que provocam o desequilíbrio econômico-financeiro. Ora, para que a presente situação se amolde ao parágrafo 5º é necessário que a alteração da alíquota tenha sido objeto de ato da Administração Pública na vigência do contrato.

Não é, portanto, o que ocorre quando a empresa aumenta seu faturamento mudando a alíquota dentro do Simples Nacional, e nem mesmo nessas duas hipóteses que foram objeto de análise, de inclusão ou exclusão deste regime tributário. As alíquotas inerentes ao Simples Nacional e dos regimes de tributação por lucro real ou lucro presumido permanecem inalteradas, o que há é apenas uma mudança de situação fática da empresa, que não enseja direito a restabelecimento de equilíbrio, por não estar legalmente previsto.

3.4 Princípio da Isonomia aplicado ao caso

Ao se considerar a ocorrência de fatos externos ao contrato, seja fato do príncipe, alteração unilateral do contrato ou ocorrência de eventos supervenientes e imprevisíveis, que ocasionam desequilíbrio na equação econômico-financeira e ensejam seu reequilíbrio, deve-se sempre levar em conta o Princípio da Isonomia, que dita tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua diferença. Todas essas teorias levam em conta esse princípio, pois o fato que acontece na vigência do contrato desequilibrando-o ocorre independentemente de quem seja a empresa ou licitante contratado. Ele é um ato genérico que atinge abstratamente uma possível coletividade e nunca de maneira individualizada.

Isso significa dizer que se tal restabelecimento do equilíbrio fosse devido, no momento em que as propostas são verificadas pela Administração, esta já deveria fazer um exercício de suposição para descobrir qual empresa sofrerá aumentos menores de encargos para poder escolher definitivamente a proposta mais vantajosa ao interesse Público.

Também por este motivo não se entende cabível no presente feito.

3.5 Princípio do Tratamento Diferenciado e Favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

É certo que o Poder Público ao conferir diversos tratamento favorecidos às microempresas e empresas de pequeno porte, deseja que elas se desenvolvam, contribuindo para o crescimento do país. Que elas aumentem sua participação na economia, aumentando o seu faturamento e obtenham lucro é extremamente desejável e nesse sentido foi instituído o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e seu respectivo regime tributário diferenciado, além das inúmeras facilidades já descritas que elas possuem nas contratações com o Poder Público.

Contudo, aliado ao Princípio da Legalidade, o legislador não previu tratamento diferenciado neste caso,, no sentido de as empresas terem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos realizados com a Administração Público, caso elas aumentem o seu faturamento incorrendo em alíquotas maiores dentro do Simples Nacional ou até mesmo no caso de sua exclusão por ultrapassar o limite legal.

Não cabe então ao agente público, que pode ser responsabilizado por seus atos que acarretem prejuízo ao erário, conceder tal privilégio sem qualquer previsão legal.

3.6 Violação do resultado da licitação

Como regra geral, os contratos administrativos são consequência de uma prévia licitação, que visa escolher a melhor proposta para a Administração, a mais vantajosa. E isso recai logicamente sobre o preço do contrato, visto que quase que a totalidade dos certames são realizados no tipo “menor preço”.

Nos serviços de vigilância e limpeza então, podemos dizer que é a sua totalidade, conforme determina o decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, que regula a modalidade de licitação chamada “Pregão Eletrônico” destinado aos bens e serviços comuns. Nessa modalidade, em que os licitantes competem lance a lance para se determinar o vencedor que oferta o menor preço, não raro é que a diferença da proposta do vencedor para o segundo colocado seja de apenas centavos.

Ao se admitir que uma contratada tenha direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por ter incrementado o seu faturamento é permitir a possibilidade de violação ao resultado da licitação.

Isso ocorreria ao passo que a vencedora, ao ter o direito à recomposição decorrente do aumento de seus encargos, que como visto pode se dar a qualquer momento, não sendo necessário o decurso de um ano para sua concessão, pode passar a ter um contrato com valor total maior do que o proposto pela segunda classificada, que não teria esse aumento de encargos e quiçá, teria até uma diminuição.

Não é difícil perceber então que a análise do licitante detentor da melhor proposta passa a ser um ato extremamente mais complexo do que simplesmente a análise do valor da proposta ofertada, visto que dependeria de previsões sobre situações, e fatos que podem ou não vir a ocorrer.

E está se mantendo aqui apenas no campo da licitude das condutas, porque haveriam, como provavelmente devem haver, empresas que no momento da licitação dizem ser incidentes na faixa das menores alíquotas, quando na verdade não o são, para depois

solicitar reajuste, afirmando que sua situação fática se alterou e passaram a contribuir com alíquotas maiores.

Logo, esse é mais um motivo para não se entender cabível tal concessão de recomposição de preços no contrato.

3.7 A problemática com relação ao sistema de auferição das alíquotas do Simples Nacional

Há mais um problema que deve ser tratado para a decisão sobre o direito ou não da recomposição, a forma de cálculo da base de cálculo.

Como já explicado, ela se dá mensalmente, sobre o acumulado no período dos doze meses anteriores. Com isso, ela pode variar de um mês para o outro, simplesmente pela variação de faturamento da empresa.

Quando o particular formula uma proposta de preços, ele deve prever a alíquota que será aplicada no período futuro de 12 meses, ainda que seja uma alíquota média, estimada, em função do seu faturamento.

Aceitar que seja possível a recomposição de que trata este trabalho, necessariamente incorre que tal recomposição deverá ser feita todo mês, tanto para mais, quanto para menos, sob risco de enriquecimento ilícito por uma das partes.

Tal situação parece ser, à primeira vista, operacionalmente inaplicável.

3.8 Análise inversa

Para finalizar, e como sempre é bom, far-se-á uma breve análise da situação inversa, isto é, se uma eventual diminuição nas receitas brutas auferidas pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo simples, que acarrete em diminuição da alíquota incidente, dá direito à Administração de promover a revisão de preços para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que conforme já explanado, pode se dar tanto para mais quanto para menos.

Para fazê-lo, utilizar-se-á da suposição de uma contratada, empresa de pequeno porte e optante pelo Simples Nacional, que foi vitoriosa de procedimento licitatório para prestação de serviço de limpeza por doze meses pelo valor total de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e está em seu primeiro ano de contrato.

Ocorre que esta empresa ao apresentar a Planilha de Custos e Formação de Preços, fez constar que sobre o seu faturamento incidia a alíquota de 16,85%, a máxima aplicável ao regime tributário em questão, pois ela possui vários outros contratos com a Administração Pública, fazendo com que esteja perto do teto limite para o enquadramento como pequena empresa e possibilidade de opção pelo Simples Nacional.

Contudo, para a sua infelicidade, todos os seus outros contratos chegaram ao fim de sua vigência, não tendo sido renovados por nenhum órgão/entidade da Administração Pública, o que fez com que o seu faturamento comece a diminuir, ensejando uma progressiva diminuição das alíquotas, em função da receita bruta acumulada nos 12 meses anteriores ao mês de verificação.

Nesse momento é que um servidor do órgão, único contratado e fonte exclusiva de receita da empresa, descobre tal situação e com isso, deseja efetuar a recomposição de preços visando restabelecer a equação econômico-financeira conforme inicialmente havia sido pactuada. Essa hipótese é cabível e pode ser realizada?

Entende-se que não, jamais! Além das violações acima expostas, cabe fazer um adendo à “Violação do resultado da licitação”.

Admitir tal como possível, significa diminuir o valor total do contrato que deveria ser de R\$ 240.000,00. E isso é uma violação ao princípio da licitação e vinculação à proposta vencedora.

O particular ao participar da licitação, não se sagrou vencedor por ter ofertado os menores encargos, os menores tributos ou o menor lucro. Ele é o vencedor por ter ofertado o menor PREÇO! Há uma concordância com a Administração de que o serviço será realizado por R\$ 240.000,00 e a Administração não pode querer alterar esse valor a não ser que seja por superveniência de legislação que, no decorrer do contrato, altere, crie ou elimine tributo.

A mesma análise pode ser feita se por ventura ele cota na Planilha um custo com materiais de R\$ 1.000,00 (mil reais) por mês, mas em uma negociação com seus fornecedores consegue obter um desconto, conseguindo comprar os materiais pela metade do preço. Essa atuação exclusiva dele repercute somente para ele, revestindo-se de lucro, e por mais que a

Administração tome ciência, igualmente não poderá pleitear diminuição no valor do contrato em decorrência desse desconto por ele, particular, obtido.

CONCLUSÃO

Os contratos administrativos são assim reconhecidos em função das prerrogativas da Administração derivadas do Princípio da Supremacia do Interesse Público, conhecidas também sob a alcunha de “cláusulas exorbitantes”. Tais prerrogativas permitem à Administração, entre outras coisas, executar alterações unilaterais no contrato, ainda que acarrete um aumento de custo para o contratado.

Como contrapartida à esses poderes, o particular tem protegido o seu direito à justa retribuição pelos serviços prestados. Faz-se assim uma relação entre os encargos assumidos e a remuneração esperada, a chamada equação financeira do contrato, ou equilíbrio econômico-financeiro. Esta relação pode sofrer mudanças que acarretem em um desequilíbrio, fazendo-se necessário que se proceda a ajustes a fim de restabelecer as condições inicialmente pactuadas. Existem diversas formas de se executar tais ajustes, cada um deles em função da natureza do ato/fato que deu causa ao desequilíbrio.

Assim, os contratos administrativos podem ter seus valores alterados em decorrência de diversos fatores explicitados na legislação. Em todos os casos visa-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para a justa remuneração ao particular contratado. Uma desses fatores é a criação, extinção ou alteração de tributos por parte do Poder Público, que ao modificar os encargos assumidos pelo contratado, mexe com o equilíbrio da equação financeira.

No âmbito das microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas conforme o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, optantes do regime de tributação diferenciado e favorecido denominado Simples Nacional, a tributação de alguns impostos é aferida mensalmente e variável conforme o faturamento que a empresa obteve nos 12 meses anteriores. Portanto, caso venha a incrementar seu faturamento no decorrer de um contrato administrativo de prestação de serviço, ela pode ter um aumento nas alíquotas dos impostos que incidem sobre esse contrato, acarretando um aumento nos seus custos, nos seus encargos, e gerando, aparentemente, um desequilíbrio da equação econômico-financeira.

Ao se analisar a natureza desse desequilíbrio, não entendeu tratar-se de uma verdadeira alteração das condições inicialmente pactuadas, por ter como detonador um ato de culpa exclusiva do particular, que é a obtenção de novas fontes de renda que incrementaram o

seu faturamento. Portanto não foi possível vislumbrar o direito do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de a empresa ter aumentado o seu faturamento e consequentemente passar a contribuir com uma alíquota maior em sua tributação pelo Simples Nacional, devido à hipótese cotada não significar desequilíbrio econômico-financeiro.

Ainda que esse entendimento possa sofrer argumentações contrárias visando sua desqualificação, outras análises foram realizadas afim de se verificar a existência ou não de tal direito, através da confrontação da situação fática com os diversos princípios aplicáveis aos contratos administrativos. Em todos os casos o resultado encontrado foi o mesmo: a concessão da revisão para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato viola diversos princípios e logo não pode ser concedida.

Nesse caso, o particular deverá suportar o suposto aumento de sua carga tributária, por não ter feito a devida previsão e o correto planejamento das suas atividades empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEITUNO, Nadj Adriano de Santana. Da possibilidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro contratual em decorrência de exclusão da contratada do regime Simples Nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21296>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999. Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9841.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9317.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências*. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10192.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.* Disponível em:

< <http://comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Decreto nº 3.474, de 19 de maio de 2000. Regulamenta a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, que institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e dá outras providências.* Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3474.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.* Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: Podivm, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIEBHUR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ANEXOS

ANEXO A

Parecer nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER Nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DO SIMPLES NO CURSO DO CONTRATO. REVISÃO NOS PREÇOS PARA MAIS OU PARA MENOS. CLASSIFICAÇÃO COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO: IRRELEVÂNCIA DA ANUALIDADE.

Possibilidade, desde que a inclusão ou exclusão ocorra após a data de apresentação das propostas e tenha comprovada repercussão nos preços contratados.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da PGF, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF; e

III – submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da alteração contratual decorrente da exclusão ou inclusão da empresa contratada no regime tributário denominado SIMPLES. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

5. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE O ENQUADRAMENTO COMO ME/EPP E A ADOÇÃO DO SIMPLES NACIONAL – UM CORTE METODOLÓGICO NECESSÁRIO

5.1. Antes de enfrentar diretamente o tema, convém seja esclarecida questão de fundamental importância: o objeto desta análise jurídica não se destina à questão da perda ou aquisição da qualidade de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), embora estes fatos tenham repercussão na disciplina da inclusão ou exclusão do SIMPLES Nacional (SIMPLES).

5.2. Retira-se a definição de ME e EPP diretamente da Lei Complementar nº 123/2006 (LC 123/2006), quando as enquadra de acordo com os limites de faturamento bruto anual:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

5.3. Apesar de definidas como ME/EPP, algumas empresas não podem fazer uso do tratamento jurídico diferenciado estabelecido na LC 123/2006, por causa da vedação constante do §4º do art. 3º da Lei Complementar¹. É de admitir, contudo, que o fato de não poderem fazer uso do tratamento diferenciado e favorecido não implica perda da definição como ME/EPP; apenas não podem gozar de tal tratamento favorecido, como o benefício para acesso aos mercados (art. 42 e seguintes) e o regime tributário diferenciado (art. 12 e seguintes).

¹ § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica.

5.4. Esse esclarecimento serve para colocar a salvo deste Parecer questões tormentosas outras que não digam especialmente com a fase contratual. Assim, controvérsias jurídicas afetas à licitação (fase pré-contratual), como a possibilidade de uso das preferências previstas na LC 123/2006 por empresa que, em tese, não poderia beneficiar-se do regime jurídico diferenciado, ou a licitação cuja adjudicação implique perda imediata da condição de ME/EPP, poderão ser objeto de outras manifestações que não esta.

5.5. Nesta oportunidade, parte-se da premissa de que a inclusão ou exclusão do SIMPLES Nacional ocorre depois de encerrado o procedimento licitatório. O problema a ser abordado diz, portanto, com *o contrato*, não com *a licitação*.

5.6. Para finalizar esta parte inicial, vale lembrar que a perda da condição de ME/EPP implica obrigatória exclusão do SIMPLES (art. 30, III e IV da LC 123/2006), por isso aquele tema (perda da qualidade de ME/EPP) é mais abrangente do que este, mas o Parecer resumir-se-á a este último, como ora explicado.

6. CASOS DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO SIMPLES. REFLEXOS DO REGIME TRIBUTÁRIO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ART. 65, §5º, DA LEI 8.666/93. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

6.1. A LC 123/2006 faculta às ME/EPP a inclusão no regime diferenciado denominado SIMPLES, por isso se costuma chamar tais empresas de *optantes*. Assim, uma vez apta para usufruir do regime diferenciado estabelecido na LC 123/2006, poderá optar pelo SIMPLES. Observe-se como a Lei disciplina essa opção:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.

[...]

§ 2º A opção de que trata o **caput** deste artigo deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o **caput** deste artigo.

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

§ 5º O Comitê Gestor regulamentará a opção automática prevista no § 4º deste artigo.

§ 6º O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor.

(sublinhamos)

6.2. Assim como possibilita a entrada por opção, a Lei também faculta a saída, a saber:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

[...]

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;

[...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

[...]

§ 4º No caso de a microempresa ou a empresa de pequeno porte ser excluída do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano.

(sublinhamos)

6.3. Observa-se que está sob livre escolha da empresa sua inclusão ou exclusão do SIMPLES. Mesmo aquelas incluídas obrigatoriamente por força do §4º do art. 16 poderão solicitar sua exclusão.

6.4. Outras hipóteses de exclusão não refletem simples opção; dizem com a impossibilidade legal de continuar usufruindo do regime diferenciado, fato que obrigatoriamente deve ser comunicado à Receita Federal do Brasil na forma do art. 30 e seu §1º da LC 123/2006, sob pena de exclusão de ofício (art. 29), medida esta de nítido caráter penal.

6.5. Enfim, tem-se que a inclusão ou exclusão do SIMPLES pode dar-se (a) mediante comunicação ou (b) de ofício. Nos rol das hipóteses de saída mediante comunicação, que deve necessariamente ser feita pelas empresas, há casos em que a saída é (a.1) facultativa ou por opção e existem outros em que a saída é (a.2) obrigatória, lembrando que a comunicação da saída, opcional ou obrigatória, é sempre um dever da empresa, sob pena de exclusão de ofício.

6.6. Independente do motivo da exclusão, fato é que a saída do SIMPLES implica alterações para a empresa antes denominada optante, pois a remete diretamente para o regime comum do tratamento tributário que cabe às demais empresas. Pode-se destacar como efeito financeiro principal a perda da isenção prevista no §3º do art. 12 da Lei:

Art. 12. [...]

[...]

§ 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

6.7. Outros fatores contábeis ou gerenciais podem ser vislumbrados, mas, como reflexo direto no preço dos contratos, este sem dúvida é o que mais se destaca.

6.8. Esclarecida, portanto, a forma como pode se dar a inclusão ou exclusão do SIMPLES, convém analisar o regime jurídico que disciplina a alteração dos contratos administrativos.

6.9. A alteração nos contratos administrativos é objeto de tópico específico na Lei 8.666/93 (art. 65 e seguintes), onde fica clara a preocupação com os preços contratados. Alterações outras, como as de prazo, são previstas noutros pontos da Lei. A respeito dos reflexos do enquadramento no SIMPLES ou do regime tributário no contrato administrativo, merecem destaque as seguintes disposições:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis,

retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

(sublinhamos)

6.10. Note-se que a Lei aparta em dispositivo específico a hipótese de criação, a alteração ou a extinção de tributos e encargos legais ou a superveniência de disposições legais que tenham repercussão nos preços. É com base na previsão específica do §5º que será apresentada a solução para o caso em apreço.

6.11. Ladeando as disposições legais que regulamentam a alteração dos contratos administrativos, a LC 123/2006 trouxe disposição que suscita aparente antinomia. Trata-se do §3º do art. 3º, *in verbis*:

§ 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

(sublinhamos)

6.12. Uma interpretação meramente literal e isolada permitiria concluir que o enquadramento ou desenquadramento como ME/EPP (ou a inclusão ou exclusão do SIMPLES) não poderia dar ensejo a qualquer alteração no contrato administrativo.

6.13. No entanto, há de se ter em conta que o regime jurídico da LC 123/2006 sustenta-se no princípio da isonomia e lhe deve deferência no procedimento de interpretação. O tratamento desigual deferido às ME/EPP tem sede constitucional (art. 146, d, e parágrafo único da CF/88), por isso cabe interpretar a norma legal acima transcrita de acordo com os escopos constitucionais².

6.14. Dessa forma, a intenção da disposição acima, antes de vedar em absoluto qualquer alteração contratual por ocasião do enquadramento ou desenquadramento, parece ser a de preservar as ME/EPP de atos jurídicos unilaterais, teratológicos e abruptos que

² "[...] 3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte" [...]. (ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em

afetem os contratos por elas mantidos, prejudicando-lhes ou obstando-lhes as atividades até então realizadas. Ainda que haja certo apego à interpretação literal, a locução “ou qualquer restrição” aponta para a vedação de quaisquer alterações ou denúncias que restrinjam ou obstem o regular exercício das atividades econômicas até então desempenhadas por essas empresas.

6.15. Assim, as normas acima não de ser interpretadas em conjunto, sob as diretrizes do princípio da isonomia e da disposição constitucional que fundamenta o tratamento diferenciado.

6.16. Afirma-se, portanto, que enquadramentos e desenquadramentos na condição de ME/EPP (o que pode implicar inclusão ou exclusão do SIMPLES) devem ser levados em conta para a realização de ajustes contratuais, quando devidos.

6.17. Ultrapassada essa possível antinomia normativa, é o caso de analisar quando e como seria possível alguma alteração no contrato administrativo por ocasião da inclusão ou exclusão da empresa no SIMPLES.

6.18. A alteração contratual decorrente da inclusão/exclusão do SIMPLES parece mais se amoldar à regra específica do §5º do mesmo art. 65 da Lei de Licitações. Observando a literalidade deste último dispositivo, constata-se que podem dar ensejo à revisão dos preços contratados (para mais ou para menos) a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais³, bem como a superveniência de disposições legais (qualquer disposição, tributária ou não), desde que esses fatos (1º) ocorram após a data de apresentação da proposta e (2º) tenham comprovada repercussão nos preços contratados.

6.19. Ora, as alterações de tributos e encargos legais decorrentes da inclusão ou exclusão do SIMPLES, seja essa inclusão/exclusão com base em quaisquer motivos (opcional, obrigatório ou de ofício), além de terem respaldo na LC 123/2006, não implicam criação ou extinção, mas alteração nos tributos e encargos legais da contratada. Assim, caso essa alteração (1º) ocorra após a apresentação da data de apresentação da proposta e (2º) tenha comprovada repercussão nos preços contratados, pode dar ensejo à revisão nos preços, para mais ou para menos.

15/09/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00001 RSJADV mar., 2011, p. 28-37)

³ Vale esclarecer que a “exigência” ou o “aumento” de tributos estão vinculados ao princípio da legalidade (art. 150, I, CF/88), de onde se presume que a Administração deveria exigir sempre “lei” para aplicar o dispositivo legal, porém a Lei 8.666/93 fala também em “alteração” e “extinção”, motivo por que há de ser avaliada qualquer repercussão tributária no contrato.

6.20. A Primeira e a Segunda Câmaras do Tribunal de Contas da União proferiram decisões obrigando as adequações no sentido do que ora vem se defendendo:

- Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 12.02.2010, S. 1, p. 255. Ementa: determinação à Secretaria-Geral de Administração do TCU para que, considerando o que prescreve o art. 13, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, exclua do pagamento mensal devido à adjudicatária, enquanto essa permanecer na condição de empresa de pequeno porte, os valores referentes às contribuições afetas às entidades do terceiro setor, restabelecendo o pagamento, automaticamente, caso a empresa venha a perder a condição supracitada (item 1.4.1, TC-028.131/2009-0, Acórdão nº 387/2010-2ª Câmara).

- Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 12.03.2010, S. 1, p. 132. Ementa: determinação ao TRF/1ª Região para que, em observância ao que prescreve o art. 13, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, exclua do pagamento mensal devido à adjudicatária, enquanto essa permanecer na condição de microempresa, os valores referentes às contribuições afetas às entidades do terceiro setor, reestabelecendo o pagamento, automaticamente, caso a empresa venha a perder a condição supracitada (item 1.5.1, TC-001.683/2010-1, Acórdão nº 982/2010-1ª Câmara).
(sublinhamos)

6.21. Por todo exposto, nota-se que, a depender do caso, a Administração deve não só retirar da planilha – e reduzir o valor contratual – os tributos não devidos pela empresa em razão do enquadramento no SIMPLES, mas também deverá reinseri-los – aumentando o valor contratual – no caso de reequadramento.

6.22. Essa diretriz reforça que os ajustes independem do motivo que deu causa ao enquadramento ou desenquadramento. Suponha-se que uma ME/EPP até então não-optante peça a inclusão no SIMPLES e com isso faça jus a uma série de benefícios. A Administração decerto ajustaria o valor contratual para excluir tributos e encargos que estivessem sendo indevidamente pagos. Não há razão, portanto, para proceder de forma distinta quando a empresa é excluída do SIMPLES, ainda que seja a exclusão mediante comunicação por opção.

6.23. Esse comportamento uniforme decorre não só do postulado que veda o enriquecimento sem causa (da Administração ou do contratado), mas até mesmo do princípio da boa-fé, na vertente da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

6.24. Depois de esclarecerem que não se trata de norma expressa no nosso ordenamento jurídico, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal explicam que:

A vedação do comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação

da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. [...]⁴.

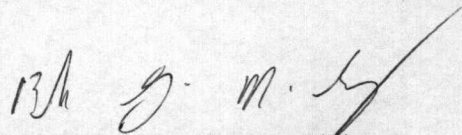
6.25. A respeito do enquadramento da referida alteração, defende-se que, segundo a classificação do Parecer AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República em 26.02.2009; do Acórdão 1828/2008 – Plenário, do TCU e das Orientações Normativas nº 22/2009 a 26/2009 da AGU, o caso em questão é de reequilíbrio econômico-financeiro, o qual pode ser conferido a qualquer tempo, independentemente de configurada a anualidade. Diferencia-se, destarte, do reajuste *stricto sensu* - alteração do valor contratual vinculada a índice - e da repactuação - alteração vinculada à comprovação da variação de custos.

6.26. Por todo o exposto, conclui-se que:

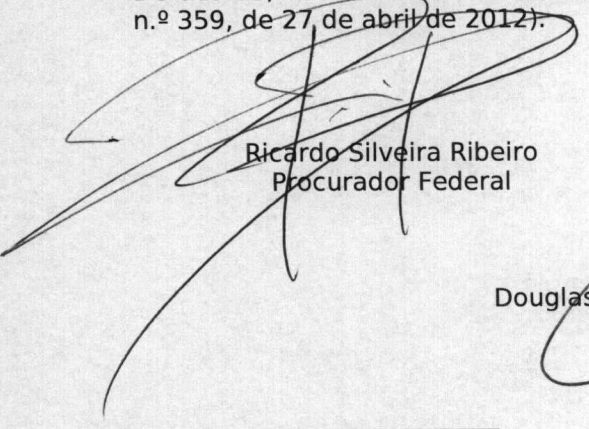
- a) Nos contratos administrativos, a inclusão ou exclusão do SIMPLES, desde que:
 - (a.1) ocorra após a data da apresentação da proposta e
 - (a.2) possua comprovada repercussão nos preços contratados, podem dar ensejo à revisão destes, para mais ou para menos;
- b) A alteração mencionada acima enquadra-se como reequilíbrio econômico-financeiro, podendo ocorrer independentemente de anualidade.

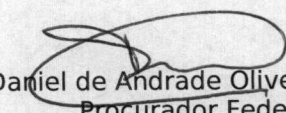
À consideração superior.

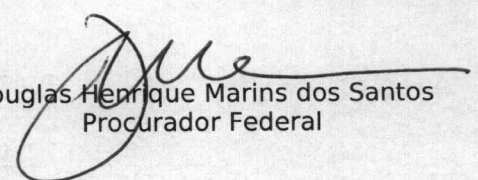
Brasília, 25 de junho de 2012.


Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).


Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

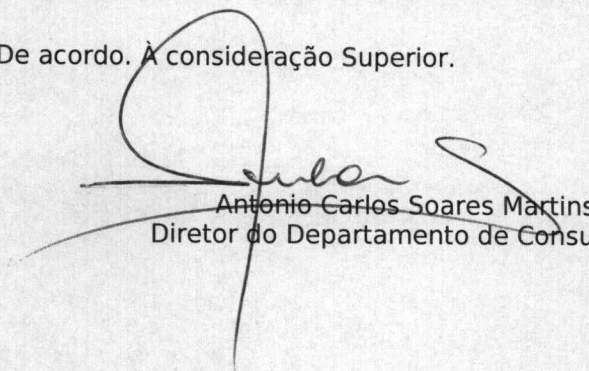

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

⁴ Direito Civil: teoria geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 682.

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 30 de julho de 2012.



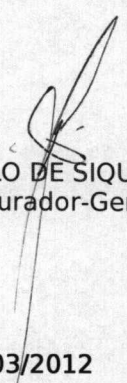
Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 30 de julho de 2012.



MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 03/2012

NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, A INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DO SIMPLES, DESDE QUE OCORRA APÓS A DATA DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E POSSUA COMPROVADA REPERCUSSÃO NOS PREÇOS CONTRATADOS, PODEM DAR ENSEJO À REVISÃO DESTES, PARA MAIS OU PARA MENOS. A ALTERAÇÃO ORA MENCIONADA ENQUADRA-SE COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PODENDO OCORRER INDEPENDENTEMENTE DE ANUALIDADE.